

LA NATURALEZA ARBITRARIA DE LA *ACTIO DE EO QUOD CERTO LOCO*

Margarita Fuenteseca Degeneffe

Catedrática de Derecho romano. Universidad de Vigo

RESUMEN:

En la doctrina romanista actual no se acepta la calificación de la *actio de eo quod certo loco* como *actio arbitraria*. Se trata en este artículo de confirmar la naturaleza arbitraria de esta acción, según consta claramente en las fuentes romanas y según ya se constató por la doctrina del siglo XIX, ya que en ella el *iudex* realiza un *arbitrium*, que consiste en la valoración pecuniaria del interés que las partes tienen en el cumplimiento de la prestación en el lugar preestablecido, procediendo a la absolución del demandado si éste presta garantía de que realizará la prestación en dicho lugar.

Palabras clave: *Actio de eo quod certo loco* – *Arbitrium iudicis* – *Actio arbitraria* – *Condemnatio pecuniaria*.

ABSTRACT:

The actual roman scholarship does not accept the description of the *actio de eo quod certo* as an *actio arbitraria*. This article tries to confirm the arbitrariness nature of this action, as it is clearly verified in the roman sources, and also by the roman scholars of the 19th century, because in this action the *iudex* makes an *arbitrium*, that is a monetary estimation of the interest that the parties have in the fulfilling of the obligation in the stipulated place, and absolves the defendant if he guarantees the fulfilling of the obligation in the mentioned place.

Key words: *Actio de eo quod certo loco* – *Arbitrium iudicis* – *Actio arbitraria* – *Condemnatio pecuniaria*.

La naturaleza arbitraria de la actio de eo quod certo loco

La calificación jurídica de la *actio de eo quod certo loco* (“de lo que se debe dar en lugar determinado”) es especialmente problemática, ya que la mayor parte de la doctrina romanista actual considera que esta acción no pertenece a la categoría de las *actiones arbitrarie*, a pesar de que así se califica en las fuentes. Así, entre otros, y citando romanistas muy distantes entre sí en el tiempo, lo afirmaron Wenger¹, Biondi² y últimamente lo han reiterado Kaser/Hackl³.

Frente a estas posturas doctrinales hemos encontrado la ya muy antigua opinión de Sohm⁴, que no ha sido seguida por los romanistas posteriores a él (incluso tampoco Wenger, su coetáneo), para quien la acción que se otorga para reclamar el interés derivado de un *stricti iuris negotium* establecido en un determinado lugar, se suele llamar “hoy” *arbitraria actio de eo quod certo loco*. Según Sohm, esta acción era para los romanos precisamente la *actio arbitraria*, es decir, la acción cuya calificación de *actio arbitraria* no era un nombre genérico, sino un nombre propio. Era la *actio arbitraria*, porque únicamente conducía al *arbitrium*, y no a una *condemnatio* en sentido técnico.

1 Para WENGER, L., *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München, Max Hueber, 1925, p. 141, entre las acciones con cláusula arbitraria están, además de las acciones reales, entre las *actiones in personam*, la *actio de dolo, quod metus causa*, la *actio ad exhibendum*, la *actio redhibitoria* y la acción noxal contra quien tiene el dominio por ofensa realizada a través de un esclavo. Una situación especial, para Wenger, es la acción de *eo quod certo loco dari oportet*, calificada de arbitraria, en la que no encuentra la característica de las acciones arbitrarie en el sentido expuesto, por lo que considera que debe quedar excluida de este grupo.

2 BIONDI, B., *Studi sulle azioni arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, Roma, L'Erma, 1970, p. 32 hace un intento de resolver lo que él llama el “grave problema” de la reconstrucción de la fórmula y de la estructura de la *actio de eo quod certo loco*, llamada insistentemente en las fuentes *actio arbitraria*. Este “tormentoso enigma” se resuelve, según Biondi, considerando que la categoría de las acciones arbitrarie, caracterizadas por la existencia de la cláusula restitutoria, fue desconocida en derecho clásico; y se podría, sin generar confusión o contradicción, según Biondi, llamar *actio arbitraria* a la *actio de eo quod certo loco*, cuyo apelativo no estaría en relación con la hipotética cláusula *neque restituat* ni con los amplísimos poderes que el juez tendría en las acciones arbitrarie. Para Biondi, la calificación de *actio arbitraria* no alteraba para nada el carácter de *iudicium strictum: actio arbitraria* y *iudicium strictum* no son términos antitéticos para Biondi, hasta el punto de que los juristas aplican a la *actio de eo quod certo loco* todos los principios propios de los *iudicia stricta*; y esto significa que la denominación *actio arbitraria* no era más que un simple apelativo, y la acción podía perfectamente encajar en una de esas categorías: *iudicia stricta* y *iudicia bonae fidei*. Respecto a los poderes del juez, según Biondi (op. cit. p. 32) todos los juicios se distribuían desde Cicerón en estas dos grandes categorías; para Biondi, una tercera categoría de *actiones arbitrarie* en las que los poderes del juez se acercaban a los de los *iudicia bonae fidei* fue extraña al derecho clásico: el pretor desde la época de Quinto Mucio hasta Gayo (IV,62) amplía siempre más la categoría de los juicios de buena fe, pero todos los demás que no entraban en esta categoría eran necesariamente *iudicia stricta*. Según Biondi (op. cit. p. 33) esta antítesis agotaba todo el campo de las acciones y era rigurosa.

3 Para KASER, M./HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1996, p. 336 entre las acciones arbitrarie no estaría la *actio de eo quod certo loco*, porque no presenta el procedimiento especial de las mismas, consistente en intentar satisfacer al demandante por medio de una prestación *in natura* para evitar la *condemnatio pecuniaria* que en ciertos casos carecía de sentido. La *actio de eo quod certo loco*, según Kaser/Hackl se llama *actio arbitraria* por otro motivo, concretamente porque se diferencia de la *actio certae creditae pecuniae*, que la viene a sustituir, en que en ella el *iudex* debe hacer una valoración pecuniaria, y por tanto, aparece como *arbiter*, según Kaser. Exactamente lo mismo había afirmado KASER, M., en su edición anterior de *Das römische Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1966, p. 258. Vid. también CONRAT COHN, M., *Die sogenannte actio de eo quod certo loco. Eine Untersuchung aus dem römischen Recht*, Aalen, Scientia, 1969. En contra vid. BÜRGE, A., *Beobachtungen zur Vertragspraxis im antiken Mittelmeerraum* Index 22 (1994) p. 398, que considera comprensible la naturaleza arbitraria de esta acción en el marco del contrato de transporte marítimo de mercancías..

4 Vid. SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen. Geschichte und System des römischen Rechts*, 17. Aufl. Berlin, 1923, p. 699.

La fórmula obligaba al *iudex* a sentenciar según su *arbitrium* (que sería su parecer equitativo), ya sea a tanto cuanto se prometió, o bien más o a menos.

Para Sohm la *actio arbitraria* es una acción con “*weitherzigem Kondemnationsbefehl*”. El *iudex* tiene una posición más libre, en cuanto le es permitido el *arbitratus*. En este sentido son *actiones arbitrarie*, según Sohm, las acciones dirigidas a *restituere* y *exhibere*, la *actio redhibitoria* y la acción noxal por ofensa de un esclavo, así como la acción derivada de un *stricti iuris negotium* en la que se tiene en consideración el interés de que la prestación se realice en un determinado lugar. En todos estos casos, el instrumento por medio del cual se elimina la falta de equidad sería siempre el mismo: la transformación (o modificación) de la *condemnatio*⁵.

También Savigny⁶ defendió el carácter arbitrario de la *actio de eo quod certo loco*. Pero resulta muy sorprendente que estas opiniones de Sohm y de Savigny, ambos insignes juristas del siglo XIX (aunque el primero falleciera en 1917), no hayan tenido repercusión en la doctrina posterior. Así, por ejemplo, Biondi⁷ hizo un gran esfuerzo argumental para negar, en contra de la denominación que aparece en las fuentes, la calificación de *actio arbitraria* de la *actio de eo quod certo loco*.

5 Vid. SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen...*, op. cit. p. 697, en los casos de una *actio stricti iuris*, cuando se trataba de *condemnatio* en lugar distinto (en la *actio de eo quod certo loco*), el pretor autorizaba al *iudex* a emitir un *arbitrium*, por medio del cual condenaba al demandado al interés del demandante en la prestación (tomando en consideración, por tanto, el lugar). Según Sohm, aquí figuraba el *arbitrium* en lugar de la *condemnatio*. No se condenaba (a la prestación debida), sino que sólo se arbitraba (el interés), de modo que el juez podía tomar en consideración el interés en el lugar de la prestación, tanto del demandante como del demandado; así que en ciertos casos, el demandado para realizar la prestación en lugar distinto, podría resultar condenado a menos de lo que había prometido (si la prestación en ese lugar le era más valiosa al demandante que en el lugar prometido). Según Sohm, en este caso al *arbitrium* no le seguía la *condemnatio*, sino la ejecución; este *arbitrium* era directamente ejecutable, porque se expresaba directamente en dinero (vid. SOHM, *Institutionen...*, op. cit. p. 698, nota 5).

6 SAVIGNY, F. C., *Sistema del Derecho romano actual*, tomo IV, ed. Anacleto, reimpr. facsimil, Pamplona, p. 93 introduce un matiz a la hora de calificar la *actio de eo quod certo loco* como arbitraria, ya que no tiene por objeto una restitución ni una exhibición, sino la ejecución de una estipulación en un lugar distinto del que fue designado en el contrato. El medio para liberarse de esta acción, indicado por el *arbitrator* al demandado, consiste en prestar una garantía para la ejecución literal de la estipulación (D. 13,4,4,1) y el perjuicio que entraña la falta de ejecución de este medio consiste en los daños e intereses algunas veces muy elevados e incluso indirectos que puede fijar la sentencia (D. 13,4,2,8). Según Savigny, el objeto de esta acción es combatir eficazmente la mala fe del deudor que busca en la letra del derecho el medio de faltar a sus compromisos.

7 Para BIONDI, B., *Studi sulle actiones arbitrarie...*, op. cit. p. 15: *actio arbitraria* es la denominación técnica y exclusiva de aquella acción que se llama normalmente *actio de eo quod certo loco*. Pero, según Biondi, es importante el examen de esta acción porque, hecha la estadística de todos los pasajes en los que se encuentra en las fuentes el término *actio* o *formula arbitraria*, habría, entre los 17 que la contienen, 10 que se refieren a la llamada *actio de eo quod certo loco*. Biondi se adhiere a la postura de Lenel, que desde la primera edición del *Edictum* hace una constatación que él califica de verdaderamente “preziosa”, esto es, que la *actio de eo quod certo loco* no es arbitraria, en otros términos, no tiene nada en común con el tipo esquemático de las acciones arbitrarías. Pero Biondi reconoce que Lenel no dice por qué la *actio de eo quod certo loco* se habría llamado arbitraria, y cómo la *actio arbitraria* jamás habría podido coexistir con las acciones arbitrarías, profundamente diferentes a aquella. Biondi afirma que puede darse una respuesta precisa a esta cuestión. En la *actio de eo quod certo loco*, la referencia al *arbitrium iudicis* denota una cierta amplitud en los poderes del juez, dirigida exclusivamente a permitir al juez estimar y deducir de la suma debida el interés *loci* del deudor, única función de la institución en derecho clásico. Precisamente de este *arbitrium iudicis*, que en el desarrollo de la acción tenía una importancia esencial y característica, trae origen la denominación de *actio arbitraria*. Por tanto, según Biondi, en el lenguaje del pretor y de los juristas clásicos, la denominación de *actio arbitraria* para la *actio de eo quod certo loco* tiene el valor de un simple apelativo, es un nombre, no un concepto, igual que no es más que un simple nombre la calificación de *formula arbitraria* en materia de interdictos.

De ahí que me proponga buscar la confirmación de la opinión de estos romanistas decimonónicos en las fuentes romanas, donde indudablemente encaja la calificación de la *actio de eo quod certo loco* como *actio arbitraria*. En contra de Biondi se puede afirmar que la *actio de eo quod certo loco* es la más típica *actio arbitraria* y esta afirmación tiene su base en las fuentes, en las que es prácticamente imposible pasar por alto que reiteradamente se llama *actio arbitraria* a esta acción (así en D. 13,4,2,pr; D. 13,4,2,8; D. 13,4,4,1; D. 13,4,5; D. 13,4,7,pr; D. 13,4,8; D. 13,4,10; D. 13,5,16,1; C. 3,18).

Una posible vía de aclaración puede abrirse intentado indagar en qué consiste exactamente el *arbitrium iudicis* en la *actio de eo quod certo loco*. En ésta se trata de la exigibilidad de lo que se debe dar (*quod dari oportet*) en un lugar determinado (*certo loco*), es decir, lo que debe ser objeto de valoración por el *iudex* es el interés de las partes en que dicha prestación se realice en un lugar determinado. Únicamente si no se respeta lo pactado respecto al lugar de cumplimiento es cuando compete la *actio de eo quod certo loco*; esto es, sólo si se estipula que se deberá entregar en cierto lugar, deberá usarse esta acción (D. 13,4,7,1⁸).

Otra peculiaridad de esta *actio de eo quod certo* es que ha de tenerse en cuenta el interés de ambas partes, como se deduce de D. 13,4,2,pr: *arbitraria actio utriusque utilitatem continet, tam actoris, quam rei...* Según este pasaje, si la prestación en otro lugar es más gravosa para el reo, resultará condenado a una suma menor que la se reclamó, y si se prometió en beneficio del demandante, resultará condenado el demandado a una suma mayor (así resulta del pasaje ya citado D. 13,4,2,pr: *...quodsi rei interest, minoris fit pecuniae condemnatio, quam intentatum est; at si actoris, maioris pecuniae fiat* y también de D. 13,4,8: *...lisque tanti aestimetur, quanti eius vel actoris interfuerit [...] officium iudicis tale esse debeat, ut aestimet, quanti actoris intersit...*⁹).

De estos textos puede deducirse que en ningún caso procederá el *iudex* a condenar al demandado a pagar en lugar convenido, sino que en la *condemnatio pecuniaria* tendrá en cuenta en interés de quién se había pactado el lugar de cumplimiento de la prestación, valorándose así pecuniariamente el perjuicio causado a aquella parte cuyo interés se vería perjudicado por el cambio del lugar del cumplimiento. Incluso en D. 13,4,2,8 *in fine*, Ulpiano opina que no sólo se tendrá en cuenta el daño, sino también el lucro cesante (*...et lucri habendam rationem*), lo que indica que se procurará la más completa y equitativa satisfacción del interés de las partes modificando el importe de la *condemnatio pecuniaria*.

Se trata de una acción en la que el *arbitrium* del *iudex* consiste en determinar el importe de la *condemnatio pecuniaria*, teniendo en cuenta en interés de quién se pactó la realización de la prestación en ese lugar determinado. Sólo se pide, por tanto, que el juez cifre en una cantidad pecuniaria el valor del perjuicio causado si la prestación no se realiza en el lugar convenido.

Para avanzar en este intento de aclaración del *arbitrium iudicis* en la *actio de eo quod certo loco* un punto de partida lo proporciona el enfoque de Sohm, que aborda el problema de la naturaleza jurídica de las acciones arbitrarias advirtiendo que existían muy diferentes tipos, pero en todos ellos el problema era la estrechez (“Engherzigkeit”)

8 D. 13,4,7,pr y 1, *Paulus libro XVIII ad Edictum*.- *In bonae fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex empto, vel vendito, vel depositi actio competit, non arbitraria actio. 1.- Si tamen certo loco traditurum se quis stipulatus sit, hac actione utendum erit.*

9 Y se confirma en C. 3,18: *Ubi conveniatur, qui certo loco dare promisit.- 1.- Qui certo loco se soluturum pecuniam obligat, si solutioni satis non fecerit, arbitraria actione et in alio loco potest conveniri; in qua venit aestimatio, quod alterutrius interfuit, suo loco potius, quam in eo, in quo petitur, solvi.*

de la *condemnatio*, que, o bien era únicamente pecuniaria, o bien ésta (la condena pecuniaria en las *actiones stricti iuris*) estaba encerrada en estrechos límites¹⁰. En consecuencia, según Sohm, el pretor podía ayudar en todos estos casos con el mismo instrumento, que sería la transformación de la *condemnatio* (“Umbildung der *condemnatio*”), dándole poder al *iudex*, no para condenar simplemente, sino también para arbitrar, es decir, para tomar una decisión adecuada a las circunstancias.

Esta concepción amplia de Sohm respecto a la posible falta de equidad de la *condemnatio pecuniaria* no fue acogida por la doctrina posterior, imponiéndose una concepción más estrecha de la cláusula arbitraria.

En efecto, para la gran mayoría de la doctrina romanista la *condemnatio pecuniaria* que necesariamente debía tener lugar en el procedimiento formulario, en muchos casos podría implicar ciertas desventajas, tanto para el demandante, que podría en ciertos casos dejar de obtener la cosa perseguida en juicio (en cualquier *actio in rem*), como también, según Wenger, para el demandado que no esté en condiciones de devolver la cosa litigiosa, al tener éste que afrontar el pago de una cantidad pecuniaria, o también, según Jörs-Kunkel¹¹, para el demandado que de buena fe creyera en la existencia de su derecho. La necesidad de evitar la condena pecuniaria habría conducido, según Wenger¹², hacia una institución que posibilitara al demandado, incluso en el último minuto y en previsión de un fallo en su contra, la elusión de la misma, con la realización de la prestación debida. Se le pone así, dice Wenger¹³, el “puente de plata” para sustraerse a la condena en dinero. Se trata de la fórmula *neque ea res arbitrio iudicis restituetur*, que se suele llamar cláusula arbitraria, o *arbitratus iudicis*, o *arbitrium de restituendo*, de las cuales el mejor ejemplo es la *formula petitoria* de la *reivindicatio*.

Así pues, según la generalidad de la doctrina, las acciones arbitrarias se caracterizan por contener una cláusula excluyente de la *condemnatio*, según la cual procederá ésta sólo si según el arbitrio del juez no se produce la *restitutio* (o *exhibitio*) de la cosa (*neque ea res arbitrio tuo restituetur o exhibebitur*). Esta cláusula obligaría al *iudex* a absolver cuando, según su arbitrio, se ha producido la *restitutio* (o *exhibitio*) *rei*, esto es, cuando se ha producido la restitución *in natura* por el demandado obedeciendo al *iussum de restituendo*.

10 Vid. SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen*. cit. p. 696 y ss. Creemos que es muy clarificador el enfoque que hace ya casi un siglo propuso Sohm, ya que analiza el problema de la calificación jurídica de las acciones arbitrarias desde la perspectiva de las consecuencias que la rigidez que la *condemnatio pecuniaria* del procedimiento formulario podía acarrear. Partió de la base de que en las acciones arbitrarias dirigidas a *restituere* o *exhibere*, la falta de equidad (“Unbilligkeit”) radicaba en que la condena sólo era posible teniendo en cuenta el interés pecuniario y no la satisfacción *in natura* del demandante, mientras que en las *actiones stricti iuris*, a la inversa, la falta de equidad radicaba en que la condena sólo era posible, no teniendo en cuenta ese interés, sino sólo el valor objetivo de la prestación.

11 Vid. JÖRS-KUNKEL, *Derecho privado romano*, p. 523.

12 Vid. WENGER, L., *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, op. cit. p. 138. Para Wenger, por medio de la cláusula arbitraria se le indica al juez que no proceda inmediatamente a la *condemnatio*, sino que emita una decisión intermedia, que sería el *arbitrium* o el *arbitrium iudicis*. Si el demandado obedece, como ya se deduce de la formulación de la demanda en interpretación puramente gramatical, debe ser absuelto. Así, afirma Wenger, evitaría el demandado las posibles consecuencias fatales de las diferentes acciones arbitrarias: en la demanda *de dolo*, evitaría la *infamia*, en la demanda *de metus*, la condena al cuádruplo, y en todos los otros casos la peligrosa determinación de la cuantía pecuniaria de la prestación debida por medio del *iusiurandum in litem*, que podía ser deferido por el juez al demandante en caso de negativa dolosa del demandado a realizar la prestación. Y concluye Wenger afirmando que, si a pesar de todas estas desventajas amenazantes, el demandado persistía en la negativa, no había en derecho clásico ningún medio para obligarle a una prestación *in natura*.

13 Vid. WENGER, L., *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, op. cit. p. 140: “so wird dem Beklagten noch im Laufe des Prozesses...eine goldene Brücke gebaut und ihm die Möglichkeit eröffnet, sich der Geldkondemnation zu entziehen”.

Pero esta opinión generalizada respecto a la cláusula arbitraria es demasiado estrecha, porque limita su aplicación a los supuestos en los que se pide por el demandante una *restitutio* (o *exhibitio rei*, es decir, a los supuestos en los que el objeto del litigio no es una prestación pecuniaria y en los que, según el *arbitrium iudicis*, se puede proceder a la satisfacción del demandante mediante *restitutio* (o *exhibitio rei*).

Pero es defendible una concepción más amplia de la cláusula arbitraria, en el sentido de que ésta no siempre y solamente tiende a evitar la *condemnatio pecuniaria*, sino que la cláusula arbitraria también podría ser de aplicación cuando se trata de lograr una *condemnatio pecuniaria* más conforme a la *aequitas*, es decir, en el caso de la *actio de eo quod certo loco* se trataría de lograr una *condemnatio pecuniaria* más conforme a los intereses de las partes según lo pactado por ellas. Aquí radica la peculiaridad de la *actio de eo quod certo loco*, a la cual es aplicable la muy acertada definición del *arbitrium* de Sohm¹⁴, como la sentencia generosa, liberada de los límites del mandato condenatorio (“das *arbitrium* ist das von den Schranken des Kondemnationsbefehls befreite weiterherzige Urteil”).

En consecuencia, la *actio de eo quod certo loco* podría ser la acción más típicamente arbitraria ya que el *iudex*, a su arbitrio, procede a valorar el perjuicio (incluso el lucro dejado de obtener) que le causa a las partes la no realización de la prestación en el lugar convenido. Es posible comprobar, en contra de lo manifestado por Kaser/Hackl, que la *actio de eo quod certo loco* responde exactamente al mismo mecanismo de las acciones arbitrarias, puesto que esta acción solamente tiene aplicación cuando se haya estipulado expresamente el lugar de prestación (D. 13,4,7,1, cit.). Se trata de una acción en la que únicamente cabe, o bien cumplir la prestación en el lugar preestablecido, o bien someterse a la *condemnatio pecuniaria*, modificada según el arbitrio del *iudex*¹⁵.

Como resulta claramente de D. 13,4,1¹⁶, era contrario a la equidad (*quia iniquum erat*) que hubiera que interponer una acción en el lugar en el que se hubiese estipulado

14 Vid. SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen*..., op. cit. ibid.

15 Según SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen*..., op. cit. p. 695, había una dificultad en los *stricti iuris negotia*, es decir, en los negocios que se cumplen estrictamente según su literalidad (por ejemplo: *stipulatio*). Si se prometía mediante un *stricti iuris negotium* una prestación en un lugar determinado (por ejemplo, promesa estipulatoria: *Ephesi centum dare*), sólo se podía exigir esa prestación en el lugar determinado y el demandado únicamente podía ser condenado en ese lugar. Esto es debido a que el deudor no había prometido realizar la prestación en otro lugar, y si el acreedor demandaba en otro lugar, entonces exigía algo distinto de lo que se había prometido (*pluris petitio*), y debía perder el litigio. Sohm afirma que quizá el demandante no podía demandar en ese lugar determinado (*Ephesus*), porque el demandado se mantenía alejado de él, y no había en el antiguo derecho romano un procedimiento contra un demandado ausente. En este caso, según Sohm, debía el acreedor ser ayudado. Debía tener derecho a demandar en otro lugar: de modo que no le correspondía naturalmente el derecho a la misma prestación justamente, sino el derecho a esa prestación teniendo en cuenta el interés del lugar. Para esto era necesaria una alteración del mandato de condena, afirma Sohm, porque la *condemnatio* en la *actio stricti iuris* no tenía en cuenta el interés del demandante en la prestación, sino directamente se calculaba el valor pecuniario de la prestación. Si se exigía una suma pecuniaria determinada mediante una *actio stricti iuris*, entonces la condena se refería directamente a esa suma pecuniaria, ni a más ni a menos, y no se refería al interés del demandante en esa suma pecuniaria. Lo mismo ocurría si se había prometido, no una suma pecuniaria, sino una cosa determinada o cualquier otra prestación, mediante un *negotium stricti iuris*. No se le podía reconocer al demandante el interés como acreedor en esa cosa o actividad, sino sólo el valor objetivo de esa cosa o actividad en virtud de la *actio stricti iuris*. Pero ese valor objetivo sólo lo podía exigir en aquel lugar donde la prestación se había prometido. En cualquier otro lugar exigía algo que no le era debido, y perdía el litigio.

16 D. 13,4,1, *Gaius libro IX ad Edictum provinciale*.- *Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere; sed quia iniquum erat, -si promissor ad eum locum, in quem daturum se promississet, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur-, non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est, utilem actionem in eam rem comparare.*

la realización de la prestación, si el demandado no aparece en ese lugar. Por tanto, en la *actio de eo quod certo loco*, resulta ser el fundamento del *arbitrium iudicis* la *aequitas*, que se menciona asimismo expresamente en D. 13,4,4,1: *in summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est*¹⁷.

Esta *aequitas* que “debe tener el juez ante los ojos” puede servir de fundamento para la absolución, según el texto anteriormente mencionado, si el demandado presta caución de pagar el dinero allí donde fue prometido. El fundamento de esta caución (que según el texto antedicho puede consistir en un ofrecimiento al actor del dinero en el lugar determinado, o en un depósito de dinero, o asegurando que se pagará con facilidad) es el mismo que el de las acciones arbitrarias, es decir, deberá ser absuelto el demandado si, según el *arbitrium iudicis*, da garantía suficiente de que pagará en el lugar predeterminado.

Estamos, por tanto, ante un *iudicium arbitrarium*, en el que el *arbitrium* del *iudex* no consiste en estimar la cuantía total del litigio para proceder a la *condemnatio pecuniaria* (como en los *iudicia bonae fidei*), sino que en esta *actio stricti iuris* se reclama una cantidad pecuniaria cierta en un lugar determinado, consistiendo el *arbitrium* del *iudex* en estimar el interés que las partes puedan tener en que se realice la prestación en ese lugar concreto. Y si el demandado presta caución de que satisfará al demandante en el lugar establecido, la sentencia será absolutoria, característica que tiene en común con las demás *arbitrarie actiones*.

Se trata, por tanto, de una acción arbitraria en la que el objeto del litigio es una prestación pecuniaria, pero que debe cumplirse en un lugar determinado, y en la que, interviene el *arbitrium iudicis*, aunque, como he dicho, únicamente para valorar el interés que la parte puede tener en el cumplimiento de la prestación en un lugar determinado. En cambio, en un *iudicium bonae fidei* en el que se convino que se entregue alguna cosa en un determinado lugar, procede la acción correspondiente al contrato de que se trate, así la acción de compra, o de venta, o de depósito, y no esta acción arbitraria, según D. 13,4,7,pr¹⁸.

Es en I. 4,6,31¹⁹ y 4,6,33²⁰ donde se confirma plenamente el carácter arbitrario de la *actio de eo quod certo loco*. Según I. 4,6,31 algunas acciones se llaman arbitrarias, o dependientes del arbitrio del *iudex*, porque en ellas únicamente deberá condenar el *iudex* si el demandado no satisface al actor. La satisfacción del actor puede consistir, según este mismo pasaje, en restituir, exhibir, pagar o entregar al esclavo *in noxa*. En

17 D. 13,4,4,1: *Interdum iudex, qui ex hac actione cognoscit, quum sit arbitraria, absolvere reum debet cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Quid enim, si ibi vel oblata pecunia actori dicatur, vel deposita, vel ex facili solvenda? Nonne debet interdum assolvere? In summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex, qui huic actioni addictus est.*

18 Vid. D. 13,4,7,pr, *Paulus libro XXVIII ad Edictum*.- *In bonae fidei iudiciis, etiamsi in contrahendo convenit, ut certo loco quid praestetur, ex emto, vel vendito, vel depositi actio competit, non arbitraria actio.*

19 I. 4,6,31: *praeterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio iudicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfiat (veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat), condemnari debeat. Sed istae actiones tam in rem quam in personam inveniuntur: in rem, veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur: in personam, veluti quibus de eo agitur, quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item quum id, quod certo loco promissum est, petitur: ad exhibendum quoque actio ex arbitrio iudicis pendet. In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici, ex bono et aequo, secundum eiusque rei, de qua actum est, naturam, aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.*

20 I. 4,6,33...*Loco plus petitur: veluti quum quis id, quod certo loco sibi stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus fuerit; verbi gratia si is, qui ita stipulatus fuerit: Ephesi dari spondes? Romae pure intendat sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione: propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret...*

las Instituciones justinianeas, por tanto, se califica de *arbitraria* una *actio* cuando se procedía a la satisfacción integral del demandante, según el *arbitrium iudicis*, en cuyo caso procederá a la absolución del demandado.

Y se enumera entre las acciones arbitrarias *in personam*, en este mismo pasaje, aquéllas en las que se reclama *quod certo loco promissum est*. Además, en la expresión final del texto I. 4,6,31 se encuentra la clave distintiva de las acciones arbitrarias: en ellas se permite al *iudex*, estimar, según lo bueno y equitativo, conforme a la naturaleza del asunto de que se trate, cómo deba satisfacerse al actor (*In his enim actionibus et ceteris similibus permittitur iudici, ex bono et aequo, secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam, aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat*). La palabra *quemadmodum* subraya que en las *arbitrariae actiones*, el *iudex* según su arbitrio, pero guiándose por la equidad, debe determinar cómo deberá el demandado satisfacer al demandante.

En consecuencia, la cláusula arbitraria somete la cuestión al *arbitrium iudicis*, de forma que el *iudex* decidirá cómo se considerará satisfecho el actor²¹. Esta satisfacción del actor operará como condición negativa a la condena, es decir, sólo se condenará si el demandado no obedece al *arbitrium iudicis*, *arbitrium* que, además, deberá estar presidido por el criterio de equidad (*ex bono et aequo...aestimare*).

Por tanto, el *arbitrium* del *iudex* en las acciones arbitrarias consiste en apreciar, conforme a la *aequitas*, cómo se deberá satisfacer la pretensión del demandante, y esta satisfacción puede cifrarla el *iudex* en dinero, en virtud de su *arbitrium*. En el caso de la *actio de eo quod certo loco*, como he dicho, la pretensión tiene por objeto el cumplimiento de la prestación (pecuniaria) en un lugar determinado, y el *arbitrium* del *iudex* consiste en valorar, también en dinero, el perjuicio que produce la no realización de la prestación en el lugar preestablecido.

En contraposición a esta definición de las acciones arbitrarias resulta entonces muy clara la definición de las *actiones bonae fidei* que se encuentra en I. 4,6,30, según la cual, en las acciones *bonae fidei* se atribuye al juez la libre facultad para estimar, según lo bueno y equitativo, cuánto deba restituirse al actor (*in bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat*). Es decir, aquí el *arbitrium* consiste en que el *iudex* debe determinar el *quantum* en una reclamación de *pecunia incerta*, pero también ateniéndose siempre al criterio de equidad (*ex bono et aequo*). Por tanto, en las *arbitrariae actiones*, el *iudex*, según su arbitrio, establece cómo deberá ser satisfecho el demandante, mientras que, en las *actiones bonae fidei* fija el *quantum* de una reclamación de *pecunia incerta*²².

21 Según KASER, M./HACKL, K., *Das römische Zivilprozessrecht*, op. cit. p. 338 se deja al arbitrio del juez, en las acciones arbitrarias, la más precisa determinación de las circunstancias de la restitución: puede señalar un plazo para su cumplimiento y describir con detalle las prestaciones individuales que se engloban en este concepto. Para ello puede el juez, según Kaser/Hackl, hacer depender la condena o la absolución del otorgamiento de cauciones, o bien de remisiones o cesiones, que impone al demandante o al demandado. Así, el demandado debe ceder las pretensiones que le asisten frente a terceros por causa de la cosa a restituir, y si la entrega actual le resulta imposible sin la intervención de su propia culpa, debe prestar la *cautio de restituendo* (o *exhibendo*), en la que promete la restitución (o la exhibición) de la cosa en cuanto le sea posible. No habrá *iussum de restituendo* cuando la restitución *in natura* desde el principio resulta imposible o inútil, o cuando se reclama dinero, según Kaser/Hackl. No se comprende bien porqué Kaser/Hackl no aceptan que en la *actio de eo quod certo loco* el *arbitrium* del *iudex* consista en valorar el interés de las partes en que se realice la prestación en un lugar determinado, salvo que el demandado garantice que cumplirá en el lugar estipulado, en cuyo caso procederá a la absolución.

22 SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen...*, op. cit. p. 699, detectó ya la diferencia entre las acciones arbitrarias y las *actiones bonae fidei*, y esta idea es la mayoritariamente seguida en la doctrina. Así las acciones arbitrarias, según Sohm, daban al *iudex* una posición más libre, semejante a la que tenía en las

En conclusión, parece más acertado, en contra de la doctrina romanista actual, y conforme a la doctrina romanista de siglo XIX, calificar la *actio de eo quod certo loco* como *actio arbitraria*, como también resulta clara y terminantemente establecido en las fuentes romanas.

actiones bonae fidei. Pero subsistía la diferencia de que la *actio bonae fidei* otorgaba esta posición más libre al *iudex* por medio de su *intentio*, mientras que la *actio arbitraria* lo hacía por medio de la *condemnatio*. En la *actio bonae fidei* es ya el derecho del demandante -configurador del objeto del litigio- lo que atribuye al *iudex* la discrecionalidad (o arbitrio); en la *actio arbitraria* lo es, sin embargo, la orden del pretor (la orden de condena realizada la transformación), con independencia de la naturaleza del derecho demandado.